Zur Lehre von der Konkurrenz mit besonderer Rücksicht auf den Bankrott.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Wladislaus Sowiński

Referendar in Meerholz (Bez. Cassel).

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Gretener.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545317_0082

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 9
§ 2. Die rechtliche Natur des Bankrotts 10
I. Der objektive Tatbestand 10
1. Die beiden Bankrottarten als Verletzungsverbrechen . . 10
2. Zahlungseinstellung (bezw. Konkurseröffnung) als Tatbestandsmerkmal 13
3. Die beiden Bankrottarten als Artverbrechen eines nicht geregelten Gattungsverbrechens 17
II. Der subjektive Tatbestand 18
§ 3. Die Idealkonkurrenz 19
I. Theoretische Begründung der idealen Verbrechenskonkurrenz des § 73 StGB. 19
1. Der Begriff der Handlung
a) im natürlichen Sinne 20
b) im Sinne des Strafgesetzbuchs 21
2. Der Begriff der Handlungseinheit 25
3. Der Begriff des Verbrechens i. w. S. 27
II. Historische Begründung der idealen Verbrechenskonkurrenz des § 73 StGB. 31
§ 4. Die Gesetzeskonkurrenz 33
§ 5. Die Realkonkurrenz 34
§ 6. Die Lösung der Konkurrenzfrage beim Bankrott als Ergebnis der ganzen Abhandlung 34

Literaturverzeichnis.

v. Bar, Gesetz und Schuld. Bd. 3. 1909.

v. Babo, Frhr., Der betrügerische Bankrott. Heidelberger Diss. Borna-Leipzig 1908.

Beling, Die Lehre vom Verbrechen. 1896. (zit.: L. v. V.)

Beling, Grundzüge des Strafrechts. 1905. (zit.: Grundzüge.)

v. Birkmeyer, Deutsches Strafrecht, Rechtsenzyklopädie 1906.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 9. u. 18. Aufl.

Binding, Normen. Bd. 1. 1890.

Binding, Beiträge zu der Lehre von der Konkurrenz der Strafgesetze. 1885.

Binding, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. 1902. (zit.: Lehrb.)

Binding, Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. 1885. (zit.: Handb.)

Blum, Robert, Die Schuldseite des einfachen und betrügerischen Bankrotts. Diss. Würzburg 1907.

Bünger, Über Handeln und Handlungseinheit. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 8.

v. Buri, Einheit und Mehrheit von Verbrechen. Im Beilageheft zum Gerichtssaal Bd. 31.

Cohn, Zur Lehre vom strafbaren Bankrott. In Goltdammers Archiv Bd. 41.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 1906.

Graf zu Dohna, Konkurrenz. In Reform des Strafgesetzbuchs, herausgegeben von Aschrott und v. Liszt, 1910. Bd. 1.

Entwurf und Motive zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund.

Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. 1904.

Frank, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch. 1908.

Freund, Zur Lehre vom einfachen Bankrott. Diss. Breslau 1910.

Habermaas, Die ideale Konkurrenz der Delikte. 1882.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 2. 1884.

Heinemann, Die Lehre von der Idealkonkurrenz.

Hiller, Ideal- und Realkonkurrenz. In Goltdammers Archiv Bd. 32.

Höpfner, Einheit und Mehrheit von Verbrechen. Bd. 1. 1901.

Jakobs, Die Idealkonkurrenz. Diss. Bonn 1897.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 1904.

John, Beiträge zur Lehre von der Verbrechenskonkurrenz. In Goltdammers Archiv Bd. 3.

Kantorowicz, Konkurrenz. In der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform Bd. 7 S. 327—328.

Kleinfeller, Zur Lehre vom strafbaren Bankrott. Im Gerichtssaal Bd. 43.

Köhler, Die Grenzlinien zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz. 1900.

v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1908. (zit.: Lehrb.)

v. Liszt, Über Handlungsbegriff und Rechtsgut im Bindingschen Handbuch. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 6. (zit.: ZStW.)

Mayer, Ph. Otto, Der Begriff der Handlung im Sinne der §§ 73, 74 StGB. Im Gerichtssaal Bd. 74.

Melzer, Auslegung des § 73 StGB. Im Sächsischen Archiv für Rechtspflege Bd. 1.

Merkel, Bankrott. In Holtzendorffs Handbuch für die Strafrechtswissenschaft Bd. 3.

Merkel, Paul, Konkurrenz. In Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Bd. 5.

du Mesnil, Beiträge zur Lehre von der Idealkonkurrenz. Diss. Erlangen 1898.

Meves, Studien über das Wesen und den Tatbestand des einfachen Bankrotts. In Goltdammers Archiv Bd. 36.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1907.

Nagel, Konkurrenz. In der Deutschen Juristenzeitung Bd. 15 S. 551—558.

Neumeyer, Historische und dogmatische Darstellung des strafbaren Bankrotts. 1891.

Oetker, Die gesetzlichen Merkmale in Haupt- und Nebenfrage. Im Gerichtssaal Bd. 64.

Olshausen-Zweigert, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1905.

Oppenhoff, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 1891.

Ortloff, Ideal- und Realkonkurrenz. In Goltdammers Archiv Bd. 32.

Petersen-Kleinfeller, Kommentar zur Konkursordnung. 1900.

Pflaum, Über Gesetzeskonkurrenz. Diss. München 1898.

Ratzloff, Unselbständige Handlungen. In der Deutschen Juristenzeitung Bd. 9 S. 1163 ff.

Reichart, Der strafbare Bankrott. Im Gerichtssaal Bd. 48.

v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht. Dorpat 1886.

Schmidt, Der strafbare Bankbruch. 1893.

Schütze, Konkurrenz. In der Zeitschrift für die gesamte deutsche Strafrechtswissenschaft Bd. 3.

Schwarze, Konkurstheorien und das Strafgesetzbuch. Im Gerichtssaal Bd. 34.

Seeger, Über Zusammenfluß des einfachen und betrügerischen Bankrotts. In Goltdammers Archiv Bd. 20.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1906.

Stürenburg, Die Bestrafung konkurrierender Verbrechen. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1908.

Sturm, Der Handlungsbegriff als Einheit von Wille, Körperverletzung und Erfolg. Im Gerichtssaal Bd. 77.

Thomas, Idealkonkurrenz. Diss. Freiburg i. B. 1897.

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Begründung. Allgemeiner Teil. 1909.

Wach, Bankrott und verwandte Delikte. In Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Bd. 8.

Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz. 1893.

Weber, Zum Leipziger Bankprozeß. Im Gerichtssaal Bd. 65.

Wertheimer, Die Mischgesetze des deutschen Strafgesetzbuchs. Diss. Marburg 1903.

Wilmowski, Kommentar zur Konkursordnung. 1906.

Wolff, Bernhard, Der Bankrott. Diss. Würzburg 1906.

§ 1.

Einleitung.

Vorliegende Abhandlung will einen Beitrag zur Lehre von der Konkurrenz geben, und zwar erörtert sie die Konkurrenzfrage speziell in bezug auf die Bankrottdelikte. Die Lehre vom Bankrott und die Lehre von der strafrechtlichen Konkurrenz gehören zu den bestrittensten Gebieten des Strafrechts überhaupt. Die wenig klare Art und Weise, wie der Gesetzgeber den Bankrott in den §§ 239, 240 KO. geregelt hat, mußte zu den verschiedensten Auslegungen führen. Infolge des Zwiespalts der Meinungen in der Theorie bemüht sich die Praxis vergebens, eine einheitliche Meinung zu fassen. Charakteristisch für diesen unsicheren Rechtszustand ist die Äußerung Wachs (S. 60): „Beim Bankrott ist alles kontrovers, und an allen diesen Zweifeln und Unklarheiten trägt nicht die Skrupelsucht und Konstruktionsfreudigkeit, sondern das Gesetz selbst die Schuld". Ein gleiches Bild bietet der Stand der Konkurrenzfrage dar. Während jedoch die Fülle der Streitfragen beim Bankrott auf „die Schuld" [1]) des Gesetzgebers zurückzuführen ist, hat die Bestrittenheit der Konkurrenzfrage in erster Linie ihren Grund in der rechtsphilosophischen Natur dieses Problems. Dazu kommt aber noch der Umstand, daß man den gesetzlichen Bestimmungen, welche die strafrechtliche Konkurrenz zum Gegenstande haben, eine mannigfache Deutung gibt.

Was die Gruppierung des hier zu bearbeitenden Stoffs anlangt, so erscheint es am zweckmäßigsten, zunächst die für die Lösung der Konkurrenzfrage beim Bankrott wichtigen Fragen aus den beiden großen Gebieten, denen das Thema entnommen ist, zu erörtern. Nach Gewinnung der Prämissen wird dann der logische Schluß erfolgen.

---

[1]) Wach a. a. O. S. 60.

§ 2.

Die rechtliche Natur des Bankrotts.

I. Der objektive Tatbestand des Bankrotts.

1. Die beiden Bankrottarten als Verletzungsverbrechen.

Um festzustellen, welchen Zweck der Gesetzgeber damit verfolgte, den Bankrott unter Strafe zu stellen, wird man wohl von den Motiven ausgehen müssen:

> „Eine Sicherheit des Kredits durch das Strafgesetz erscheint da geboten, wo ein solcher beansprucht und gewährt werden muß, ohne daß eine genaue Prüfung der persönlichen Zuverlässigkeit sowie der Vermögensverhältnisse erfolgen kann. Ein solcher Kredit ist für den Handel notwendig. Wer denselben mißbraucht verletzt nicht bloß das Vermögen eines einzelnen bestimmten Gläubigers, sondern die Sicherheit des Handels, insoweit das Bestehen desselben auf der Sicherheit des Kredits beruht".[1])

So unstreitig es ist, daß die Motive bei der Gesetzesauslegung eine geringe Berücksichtigung dann finden sollen, wenn der Inhalt eines Gesetzes zu keinen Zweifeln Anlaß gibt, so kommt ihnen im entgegengesetzten Falle insofern eine erhöhte Bedeutung zu, als sie Aufschluß geben über die Gedanken derjenigen, welche beim Zustandekommen des Gesetzes mitgewirkt haben. Die Motive zum Strafgesetzbuch fassen also den Bankrott als ein Delikt gegen die Allgemeinheit auf. Diese Auffassung ist dem französischen Recht entlehnt, das anerkanntermaßen auf die Entwicklung gewisser Materien des deutschen Rechts maßgebenden Einfluß geübt hat.

Wiewohl der Bankrott eines Schuldners einen bedeutenden Schaden anrichten kann — man denke an den Zusammenbruch der Leipziger Bank, der übrigens Gegenstand wissenschaftlicher Erörterung geworden ist[2]) —, so wird man es doch als Regel ansehen müssen, daß der Bankrott nur gewisse Personen in Mitleidenschaft zieht und den Kredit nur dieser verletzt. Unhaltbar ist jedenfalls die von Hälschner (S. 404) und dem ehemaligen

---

[1]) Entwurf und Motive zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund S. 591.

[2]) vgl. Weber S. 63.

Oberappelationsgericht in Berlin aufgestellte Ansicht, daß der Bankrott „das Gemeinwohl in besonders hohem Grade gefährde“.[3]) Über das Wesen des gemeingefährlichen Delikts ist man völlig einig. Unter Gemeingefahr ist „eine unbestimmt große Gefahr“ [4]) zu verstehen, d. h. die Handlung muß sich gegen unbestimmt welche und wie viele Personen richten. Beim Bankrott ist aber von vornherein nur die Möglichkeit gegeben, bestimmte Personen zu verletzen, nämlich die Gläubiger des Schuldners. Die Deliktsnatur der Gemeingefährlichkeit wird ja auch jetzt in der Theorie dem Bankrott einstimmig abgesprochen. Man streitet indes, zu welchen Kategorien von Delikten überhaupt die beiden Arten des Bankrotts gezählt werden sollen.

Der Streit um die rechtliche Natur der Bankrottdelikte ist vornehmlich darauf zurückzuführen, daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Zahlungseinstellung und Bankrotthandlung vom Gesetz nicht verlangt wird.[5]) Zur Bestrafung genügt das Vorhandensein dieser beiden Tatsachen, auch wenn sie ursächlich zusammenhanglos sind. Im allgemeinen bestehen drei Ansichten. Man hält den einfachen Bankrott für ein Gefährdungs- und den betrügerischen für ein Verletzungsverbrechen oder umgekehrt oder man nimmt einen vermittelnden Standpunkt ein, indem man sagt, daß beide Delikte im einzelnen Fall verletzen oder gefährden können.

Ein Delikt stellt sich dann als Gefährdung eines Rechtsgutes dar, wenn der Täter durch seine Handlung die Möglichkeit einer Verletzung herbeiführt oder die bestehende Möglichkeit einer Verletzung verstärkt. Objekt des Bankrotts ist nun dasjenige Vermögen, welches sich in den Forderungsrechten der Gläubigergesamtheit verkörpert. Jedes Forderungsrecht enthält den Anspruch, daß die Leistung auf eine individuell beschaffene, normale Weise bewirkt wird. Bisweilen ist das Interesse des Gläubigers an dieser Art der Leistung so groß, daß diese Leistung durch eine unter anormalen Umständen erfolgende

[3]) Goltd. Arch. Bd. 18 S. 293.

[4]) v. Rohland S. 48.

[5]) Dem Streit ist unserer Ansicht nach nur durch einen gesetzgeberischen Eingriff abzuhelfen.

Leistung gleichen Inhalts nicht ersetzt wird. Tritt nun die Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung ein — dieses Moment ist bei den Bankrottdelikten wesentlich —, so verlieren die Forderungen der Gläubiger ihre bisherige vermutliche Eigenschaft, sichere Vermögensbestandteile zu bilden. Die natürliche Folge davon ist, daß die Vermögenslage der Gläubiger mehr oder weniger darunter leidet. Wenn auch trotz Zahlungseinstellung (bezw. Konkurseröffnung) die Aktivmasse des Schuldners zur Befriedigung ausreicht, so erfolgt dennoch eine Verletzung der Gläubigerrechte, denn die Befriedigung erfolgt nicht auf die individuelle Art, wie sie jeder einzelne Gläubiger beanspruchen konnte. Unrichtig ist es daher, beim Bankrott von einer nur „versuchten Vermögensbeschädigung“ [6]) oder von einer Vermutung [7]) der Verletzung zu reden.

Die durch die Zahlungseinstellung (bezw. Konkurseröffnung) bewirkte Verletzung der Forderungsrechte der Gläubiger wird jedoch nur dann gestraft, wenn sogen. Bankrotthandlungen vorliegen, welche die Böswilligkeit oder Leichtfertigkeit des Täters kennzeichnen. Auf die Verletzungsnatur des betrügerischen Bankrotts deutet auch schon der Umstand hin, daß das Gesetz eine Verletzungsabsicht ausdrücklich verlangt. Die Konstruktion des einfachen Bankrotts als eines bloßen Formal- oder Gefährdungsdelikts muß daran scheitern, daß die scheinbare Gefährdung tatsächlich eine Verletzung des Rechts auf normale Befriedigung ist.[8])

Mit der hier vertretenen Ansicht stimmen überein Blum S. 11), Cohn (S. 202), Jaeger (S. 939), Meves (S. 24), Neumeyer (S. 154), Reichart (S. 222), v. Rohland (S. 30, für den betrügerischen Bankrott), Schmidt (S. 116), Wilmowski (S. 617), Wolff (S. 13). Wilmowski (a. a. O.) sagt treffend:

> „Bestraft wird die durch einen ungetreuen (§ 239 KO.) oder leichtfertigen (§ 240 KO.) Schuldner bewirkte Vermögensbeschädigung der Gläubiger“.

---

[6]) v. Rohland S. 35.

[7]) Hälschner S. 409.

[8]) Ein Formaldelikt nahm das preußische Obertribunal an.

And. M. sind z. B. Freund (S. 26), Hälschner (S. 408), Kleinfeller (S. 163), Meyer-Allfeld (S. 493), Petersen-Kleinfeller (S. 680).

Zu denjenigen, die den beiden Bankrottarten eine alternative Wirkung, nämlich Gefährdung oder Verletzung beilegen, gehören z. B. v. Bäbo (S. 7), Beling (Grundzüge S. 85), Frank (S. 627), Wach (S. 65). Fast allein steht Binding (Lehrb. S. 435) mit seiner Ansicht, wonach der einfache Bankrott ein Gefährdungs-, der betrügerische Bankrott ein Verletzungsdelikt sei. Er kommt zu dieser Ansicht durch die Erwägung, daß die §§ 239, 240 KO. sich im subjektiven Tatbestande unterscheiden. So richtig es ist, daß ein solcher Unterschied besteht, so wird man doch kaum bei fast gänzlicher Übereinstimmung der objektiven Tatbestände verschiedene Deliktsgattungen annehmen können.

Das Reichsgericht hat in der erörterten Frage keinen festen Standpunkt eingenommen. So erklärt es z. B. in der Entscheidung v. 9. 11. 1885 (Bd. 15 S. 42) den betrügerischen Bankrott für „die vorsätzliche Beschädigung bezw. Gefährdung des Vermögens der Gläubiger", in der Entscheidung v. 21. 6. 1886 (Bd. 14 S. 112) spricht es von der Möglichkeit, daß der einfache Bankrott „die Zahlungsfähigkeit gefährden könne".

Wir sind demnach zu dem Ergebnis gekommen, daß sowohl im Falle des § 239 als auch des § 240 KO. die Verletzung der Gläubigerrechte gestraft wird. Die Wichtigkeit dieses Ergebnisses für die Konkurrenzfrage beim Zusammentreffen von Modalitäten des einfachen und betrügerischen Bankrotts soll noch unten dargelegt werden.

2. Das Fallissement als Tatbestandsmerkmal.

Eine weitere Kontroverse beim Bankrott, die hier von unmittelbarer Bedeutung ist, bildet die Frage nach der rechtlichen Natur der Zahlungseinstellung bezw. der Konkurseröffnung (des Fallissements). Im allgemeinen dreht sich der Streit darum, ob das Fallissement Tatbestandsmerkmal oder Strafbarkeitsbedingung ist. „Bedingung der Strafbarkeit ist ein äußerer Umstand, der mit der verbrecherischen Handlung selbst und deren einzelnen Bestandteilen nichts zu tun hat, daher getrennt

von dieser ins Auge gefaßt werden muß.“ [9]) Von einer Strafbarkeitsbedingung kann also nur da die Rede sein, wo zu einem typischen Tatbestande eine äußere Tatsache hinzutritt, welche den staatlichen Strafanspruch zur Entstehung bringt. So ist z. B. im Falle des § 102 StGB. die Bestrafung eines Deutschen wegen feindlicher Handlungen gegen befreundete Staaten bedingt, die Bestrafung erfolgt nämlich dann, „sofern in dem anderen Staate die Gegenseitigkeit verbürgt ist“. Eine Strafbarkeitsbedingung enthält auch der Ehebruchsparagraph (§ 172 StGB.). Den Ehebruch, d. h. die typische Verletzung der ehelichen Treue durch außerehelichen Beischlaf, straft der Staat erst dann, wenn die Ehe geschieden ist. Das Eigentümliche der Strafbarkeitsbedingung ist also, daß sie nicht zum deliktischen Tatbestande gehört.

Wiewohl man hier schon deshalb von einer Strafbarkeitsbedingung kaum sprechen kann, weil der Gesetzgeber sich keiner entsprechenden „Wendung“ [10]) bedient, die eine Bedingtheit der Strafdrohung erkennen ließe, während er es sonst tut, wenn er die Entstehung des staatlichen Strafanspruchs von dem Hinzutreten einer äußeren Tatsache abhängig machen will, so muß die Konstruktion des Fallissements als einer Strafbarkeitsbedingung vor allem daran scheitern, daß das Fallissement dem Bankrott den Deliktscharakter verleiht. Der Gesetzgeber will „den Bankrott“ bestrafen. Erst das hinzutretende Fallissement drückt der an sich straflosen Bankrotthandlung den Deliktstypus auf. Mit Recht bemerkt daher Schmidt (S. 131): „Ist die Zahlungseinstellung nur Strafbarkeitsbedingung, so leugnet man überhaupt den ganzen Begriff Bankbruch“.

Von der gegnerischen Seite, so z. B. von Freund (S. 15), wird gegen diese Auffassung des Fallissements die Behauptung ins Feld geführt, daß die Bezeichnung Bankrott mit dem geltenden Recht nicht im Einklang stehe, da ein Kausalzusammenhang zwischen Bankrotthandlung und Fallissement nicht erforderlich sei. Daher stehe nichts im Wege, das Fallissement als Straf-

---

[9]) v. Liszt, Lehrb. S. 191.
[10]) Meves S. 383.

barkeitsbedingung aufzufassen. Dem ist zu entgegnen, daß zwar das Erfordernis der Kausalität vom modernen Recht im Gegensatz zum früheren Recht fallen gelassen ist, daß aber das Fallissement beim Bankrott wesentlich geblieben ist. Denn die §§ 239, 240 bestrafen die böswillige oder leichtfertige Verletzung der Gläubigerrechte durch einen Bankrotteur im Gegensatz zu der Vollstreckungshinterziehung des § 288 StGB., wo die Verletzung der Gläubigerrechte durch jeden anderen Schuldner unter Strafe gestellt ist. Das Fallissement steht demnach in einem engen Zusammenhang mit dem deliktischen Tatbestande, es ist Teil desselben, während die Strafbarkeitsbedingung für den Tatbestand vollkommen indifferent ist.[11])

Man könnte gegen die hier vertretene Ansicht auch einwenden, daß das Fallissement deshalb nicht als Teil des Tatbestandes gelten könne, weil in bezug auf dasselbe kein Verschulden verlangt werde, die Schuld aber alle Tatbestandsmerkmale umspannen müsse. Demgegenüber ist zu betonen, daß es auch Tatbestandsmomente gibt, in bezug auf welche kein Verschulden erforderlich ist. Von ihnen wird noch unten die Rede sein. Außerdem „verliert das Tatbestandsmerkmal diesen seinen Charakter nicht, wenn das Gesetz für seine Verwirklichung kein Verschulden erfordert".[12]) Diese Argumentation des Reichsgerichts ist zutreffend, es ist ihm jedoch nicht zuzustimmen, wenn es in seinen weiteren Ausführungen (a. a. O. S. 189) das Fallissement ein „Element der Handlung" nennt. Denn einerseits sind Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung keine Handlungen des Schuldners, sondern Ereignisse — Zahlungseinstellung = Tatsache des Nichtzahlens —, andererseits sind sie von den Bankrotthandlungen selbst zu trennen.[13])

---

[11]) Oetker S. 73: „Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung sind Tatbestandsmomente von nur objektiver Bedeutung, nicht umfaßt vom Erfordernis des Verschuldens"; ferner Binding, Lehrb. S. 429: „Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung charakterisieren das Deliktssubjekt. Ohne Falliten kein strafbarer Bankrott".

[12]) RG. Bd. 16 S. 188.

[13]) Gut Cohn S. 204: „Zahlungseinstellung = der in bestimmter Form in die äußere Erscheinung tretende Zustand der Zahlungsunfähigkeit". And. M. Binding, Normen S. 480.

Mit der dargelegten Auffassung des Fallissements als eines Teils des Tatbestandes stimmen überein Blum (S. 16), Cohn (S. 216, beim betrügerischen Bankrott), Finger (S. 117), Jaeger (S. 937), Kleinfeller (S. 162), Meves (S. 381), Oetker (S. 73), Schmidt (S. 131), Weber (S. 81), Wilmowski (S. 618), Reichsgericht (RG. Bd. 3 S. 350, Bd. 7 S. 392, Bd. 13 S. 41, Bd. 16 S. 189). And. M. sind Cohn (S. 204, beim einfachen Bankrott), Frank (S. 121), Freund (S. 14), Wach (S. 67).

Auf eine eigentümliche Art gelangt Cohn (S. 204) zu dem Resultat, daß die Zahlungseinstellung (bezw. Konkurseröffnung) beim einfachen Bankrott eine Strafbarkeitsbedingung sei. Er geht von der Bernerschen Definition des Tatbestandes aus: „Tatbestand ist der Inbegriff der Merkmale eines Verbrechens. Faßt man die Merkmale eines Verbrechens zusammen, so spricht man von Begriff, legt man sie auseinander, weist man also die Merkmale einzeln auf, aus welchen eine verbrecherische Tat besteht, so spricht man vom Tatbestand". Außer der Handlung, sagt Cohn, gehören zum Tatbestande alle Tatumstände, welche gemeinsam mit ihr den Tatbestand ergeben. Als ein Tatumstand im Sinne des § 59 StGB. könne aber das Fallissement nicht gelten, da der Eintritt desselben vom Täter nicht vorausgesehen zu werden brauche. Der Irrtum über das Fallissement mache jedenfalls den Täter nicht straffrei. Folglich könne es nur ein Teil der Handlung sein. Da aber nachgewiesen sei, daß es keine Handlung des Schuldners, sondern ein Ereignis sei, so könne es nur eine Strafbarkeitsbedingung sein. Dieser irrige Schluß beruht darauf, daß Cohn neben den Tatumständen des § 59 StGB. nicht diejenigen Tatbestandsmerkmale kennen will, welche zwar mit der Vorstellung des Täters in keinem Zusammenhang stehen, trotzdem aber für die Bestrafung relevant sind. Zu nennen sind vor allem die durch den Erfolg qualifizierten Delikte, welche eine erhöhte Bestrafung zur Folge haben, ohne daß der Erfolg verschuldet zu sein braucht (vgl. §§ 220 Abs. 2, 221 Abs. 3, 224, 309 StGB.).

Mit großer Schärfe trennt Beling (L. v. V. S. 52) Tatbestandsmoment und objektive Strafbarkeitsbedingung. „Die Strafdrohungsbedingung hat mit dem Verbrechenstypus nicht das geringste zu

tun, sie ist tatbestandsfremd. Auch ohne sie ist die Handlung rechtswidrig.“ Es ist bloß zu verwundern, daß Beling (a. a. O. S. 60 Anm.) das Fallissement eine Strafdrohungsbedingung nennt. Dies beruht darauf, daß er ebenso wie Cohn nur Tatumstände des § 59 StGB. zum Tatbestande zählen will.

In der neueren Literatur hat man versucht, dem Streit um die Bedeutung des Fallissements eine andere Wendung zu geben. Reichart (S. 256 ff.) will es weder als objektive Strafbarkeitsbedingung noch als Tatbestandsmerkmal bezeichnet wissen, sondern als „Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Bankrottstrafen“. Mit dieser Bezeichnung ist gar nichts gesagt. Denn Voraussetzung der Strafbarkeit ist ein weiter Begriff, unter den sich auch das Tatbestandsmerkmal subsumieren läßt. Voraussetzung für die Entstehung des staatlichen Strafanspruchs beim Ehebruch ist sowohl die Tatsache der Ehescheidung wie auch der Beischlaf selbst. Strafbarkeitsbedingung ist ein engerer Begriff als Voraussetzung der Strafbarkeit. Deshalb ist es gar nicht stichhaltig, sich auf die Motive zu berufen, welche von „Voraussetzungen der Strafbarkeit“ in bezug auf Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung sprechen. Die Motive wollen damit nur sagen, daß ohne diese Momente eine Strafbarkeit der Bankrotthandlungen nicht begründet werden kann. Die Frage, ob das Fallissement Strafbarkeitsbedingung oder Tatbestandsmerkmal ist, lassen sie unserer Ansicht nach offen.[14])

3. Die beiden Bankrotthandlungen als Artverbrechen eines nicht geregelten Gattungsverbrechens

Der Gesetzgeber ist bei der Regelung des Bankrotts eigentümlich vorgegangen. Er hat nämlich — entgegen seiner Gewohnheit — nicht zunächst ein Gattungsverbrechen und dann gewisse Abstufungen desselben als Artverbrechen geregelt, wie z. B. beim Diebstahl, wo er im § 242 StGB. den generellen Tatbestand des Diebstahls und dann spezielle Fälle, seien es privilegierte oder qualifizierte, normiert hat, sondern er hat zwei Fälle eines Gattungsverbrechens unter Strafe gestellt, das er gar nicht in sein System aufgenommen hat. In den §§ 239 ff. KO. bedroht er nicht mit Strafe das genus, die Verletzung der Gläubigerrechte durch irgendwelche vor oder nach Eintritt der

[14]) Auf die Motive zur KO. S. 405 beruft sich Freund S. 14 Anm. 1.

Zahlungseinstellung (bezw. Konkurseröffnung) begangenen Handlungen — so weit wollte er nicht gehen —, er verlangt vielmehr spezielle Handlungen, welche in besonders hohem Maße geeignet sind, das Rechtsgut des Vermögens zu verletzen. Diese Handlungen faßt er in zwei Gruppen zusammen und erhebt jede Gruppe zu einem Artverbrechen des nicht geregelten genus. Das eine Artverbrechen macht er zu einer qualifizierten Form des anderen, indem er als Qualifikationsgrund „die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen", aufstellt. Der betrügerische Bankrott ist demnach eine Qualifikation des einfachen Bankrotts.

Aus der unwesentlichen Abweichung der objektiven Tatbestände der §§ 239 u. 240 KO. will Binding (Handb. S. 362) folgern, daß der betrügerische Bankrott nicht lediglich eine Qualifikation sei, sondern nur so weit, als seine Modalitäten sich mit denen des einfachen Bankrotts deckten. Dagegen läßt sich einwenden, daß es auf die Identität der einzelnen Bankrotthandlungen des § 239 KO. einerseits und der des § 240 KO. andererseits nicht ankommt, vielmehr darauf, daß sie in gleicher Weise geeignet sind, das Vermögen des Gläubigers zu beschädigen. Der Umstand, daß in objektiver Hinsicht § 239 vom § 240 KO. sich unterscheidet, ist u. E. darauf zurückzuführen, daß der Gesetzgeber im § 240 KO. Handlungen hervorhebt, die am häufigsten im Leben ohne die Benachteiligungsabsicht vorkommen, um dem Richter die Untersuchung in concreto zu erleichtern, bei welchen Bankrotthandlungen diese Absicht nicht so ohne weiteres zu präsumieren ist. Die Handlungen sind in beiden Paragraphen „limitativ" aufgezählt, d. h. Handlungen des betrügerischen Bankrotts können nicht als Modalitäten des einfachen gelten und umgekehrt.

II. Der subjektive Tatbestand des Bankrotts

Die Erörterung des subjektiven Tatbestandes des Bankrotts hat für die Konkurrenzfrage beim Bankrott nur geringe Bedeutung. Deshalb genügt es, wenn in dieser Hinsicht unsere Ansicht nur skizziert wird. Beim betrügerischen Bankrott muß sich die Schuld auf die Bankrotthandlungen beziehen. Da ein Kausalitätsverhältnis zwischen ihnen und dem Fallissement nicht erforderlich ist, braucht letzteres vom Verschulden nicht um-

faßt zu sein. „Es gilt", wie Binding[15]) sagt, „das Erfordernis der Schuld nicht weiter auszudehnen als möglich ist, und diesen indifferenten Tatbestandteil in seiner Indifferenz zu belassen." Zu der Schuld muß noch hinzutreten die Benachteiligungsabsicht, d. h. jener psychische Zustand, der sich als die Billigung des vorausgesehenen Erfolges darstellt.[16]) Folge dieser Absicht ist, daß die Bankrotthandlungen nur vorsätzlich begangen werden können. Denn Absicht setzt Vorsatz voraus.

Der subjektive Tatbestand des einfachen Bankrotts unterscheidet sich von dem des betrügerischen insofern, als bei ihm die Benachteiligungsabsicht wegfällt und die einzelnen Bankrotthandlungen infolgedessen auch fahrlässig vorgenommen werden können. Eine Ausnahmestellung nimmt § 240 Nr. 2 ein, denn hier ist infolge „der Absicht, die Konkurseröffnung hinauszuschieben", Fahrlässigkeit ausgeschlossen.[17])

§ 3.

Die Idealkonkurrenz I. Theoretische Begründung der idealen Verbrechenskonkurrenz des § 73 StGB.

Wie wir in der Einleitung angedeutet haben, herrschen über die Bedeutung des § 73 StGB. die verschiedensten Kontroversen. Er lautet: „Wenn ein und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, so kommt nur dasjenige Gesetz zur Anwendung, welches die schwerste Strafe, und bei gleichen Strafarten dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafart androht, zur Anwendung". Die Meinungen über den Inhalt dieser Bestimmung gehen nach zwei Hauptrichtungen auseinander. Die einen behaupten, der Gesetzgeber regle hier einen Fall der Verbrechensmehrheit, die Idealkonkurrenz, die anderen leugnen überhaupt den Begriff Idealkonkurrenz und meinen, im Falle des § 73 handle es sich um Gesetzeskonkurrenz. Diese Divergenz der Meinungen hat ihren Grund in der verschiedenen Auffassung der Begriffe Handlung, Handlungseinheit und Verbrechen i. w. S.

---

[15]) Normen S. 480.

[16]) Absicht ist hier nicht etwa Endzweck oder Beweggrund (RG. Bd. 39 S. 139).

[17]) „Irreführend ist es den einfachen Bankrott als fahrlässigen Bankrott zu bezeichnen" (v. Liszt, Lehrb. S. 461), wie das Reichsgericht es getan hat (RG. Bd. 6 S. 97).

1. Der Begriff der Handlung
a) im natürlichen Sinne

Unter Handlung kann zunächst verstanden werden die bloße Tätigkeit ohne jedes weitere Attribut. Danach wäre auch die Tätigkeit eines Geisteskranken Handlung. Ein solcher Handlungsbegriff ist indes abzulehnen, weil man schließlich zu dem Schluß kommen müßte, daß auch Tiere handeln können. Weiter könnte man die Handlung als Tätigkeit + Wille, ferner als gewollte Tätigkeit + Erfolg definieren.

Der Sprachgebrauch des täglichen Lebens verwendet die Bezeichnung Handlung am häufigsten im Sinne der gewollten Tätigkeit. Wenn der Erfolg irgendwie zum Ausdruck gebracht werden soll, so spricht man von Taten oder legt der Handlung gewisse Attribute bei. Der Sinn der Handlung als der gewollten Tätigkeit ist auch vom etymologischen Standpunkt aus der richtige. Handlung rührt vom Stamme „Hand“ her und kann deshalb nichts weiter als Handbewegung, Körperbewegung überhaupt bedeuten. Unentbehrlich ist aber für die Handlung der Wille, er verleiht ihr den Lebensnerv. „Nicht jedes positive Tun, nicht jede Körperbewegung fällt unter den Begriff Handlung. Zu diesem gehört vielmehr ein gewolltes Tun, d. h. ein solches, welches psychisch bedingt, motiviert durch einen bewußten psychischen Akt ausgelöst ist.“ [1])

Die Handlung ist nur ein Glied einer Kausalreihe oder, wie du Mesnil (S. 9) sagt, „ein Akt eines Dramas“.

Jedes Ding hat seine Ursache. So gehen denn auch der Handlung verursachende Momente voraus. Der Mensch wird sich eines in der Außenwelt bestehenden Zustandes bewußt. Erscheint ihm dieser Zustand lästig, so überkommt ihn ein Gefühl der Unlust. Die Folge davon ist, daß sich in ihm der Gedanke regt, sich von dem Gefühl der Unlust durch Veränderung des Zustandes freizumachen. Besitzt er die nötige Energie, so wandelt er diesen Gedanken in einen Entschluß.

Diese der Handlung vorausgehenden Momente sind rein geistigen Charakters. Nun beginnt die physische Tätigkeit, die von dem Wollen, der seelischen Tätigkeit begleitet wird. Es

---

[1]) Frank § 1 II, 2. Ähnlich Köhler S. 28 Anm. 1: „Der Wille ist ein Attribut der Handlung“.

reiht sich an den Entschluß die Handlung = gewollte Tätigkeit. Treffend spricht Bünger (S. 550) von einem „Parallelismus von Wille und Handlung“ und folgert aus dieser Parallelität, daß „das Wollen nur so weit vorliegt, als Handeln stattgehabt hat, daß nicht der Erfolg, sondern das konkrete Handeln gewollt ist, daß die Vorstellung des Erfolges nur dadurch in den Willen eingeht, daß sie unter den Motiven, die pro und contra wirken, also unter den Motiven i. w. S., eine Stelle einnimmt“. Gewollt wird also nicht der Erfolg, sondern nur vorgestellt und gewünscht. Tritt der Erfolg ein, so ist damit die Tat perfekt geworden.

Die Auffassung des Willens als eines Begriffsmerkmals der Handlung darf jedoch nicht dazu führen, auch die Schuld in den Handlungsbegriff miteinzubeziehen. Denn erst, indem zu dem gewollten Verhalten die Vorstellung oder die unentschuldbare Nichtvorstellung des Erfolges noch hinzutritt, kann von einer Schuld die Rede sein.

b) Handlung im Sinne des Strafgesetzbuchs

Wir versuchten, den natürlichen Handlungsbegriff, wie ihn das tägliche Leben auffaßt, festzustellen, und kamen zu dem Ergebnis, daß er als gewollte Tätigkeit zu definieren ist. Das Strafgesetzbuch verwendet die Bezeichnung Handlung in verschiedenem Sinne: 1. im Sinne einer „strafbaren Handlung“, so z. B. in den §§ 51 ff., 47, 105 ff., 2. im Sinne einer Amtshandlung, so z. B. in den §§ 132, 331 ff., 354 ff. Der Ausdruck „strafbare Handlung“ wird vom Strafgesetzbuch technisch = Verbrechen i. w. S. gebraucht und läßt hinsichtlich seiner Bedeutung keinen Zweifel übrig. Der Begriff der „Amtshandlung“ ist, wie Mayer (S. 366) richtig bemerkt, „staatsrechtlicher Natur“, gehört also ins Staatsrecht. In den übrigen Fällen, wo das Strafgesetzbuch von „Handlung“ schlechthin im Gegensatz zur strafbaren Handlung und Amtshandlung spricht, deckt sich dieser Begriff hinsichtlich seiner Merkmale mit der natürlichen Handlung, allerdings nicht ganz insofern, als die Handlung des Strafgesetzbuchs auch die Unterlassung mitumfaßt.

Diese Übereinstimmung der Merkmale des strafrechtlichen und der des natürlichen Handlungsbegriffs entspricht durchaus dem Zweck des Strafrechts. Denn das Strafrecht, welches fürs praktische Leben geschaffen ist, hat aus dem praktischen Leben

seine grundlegenden Begriffe zu schöpfen. Tut es dies nicht so entfremdet es sich der Allgemeinheit, es kann nicht den Anspruch darauf erheben, ein richtiges Recht zu sein. Daher ist mit aller Entschiedenheit abzulehnen der von Binding (Handb. S. 565) aufgestellte und von Mayer (S. 364) gebilligte Satz: „Was außerhalb des Rechts Handlung ist oder heißt, ist für dessen Bereich gleichgültig".[2])

Binding (a. a. O. S. 565 ff.) konstruiert einen speziell juristischen Handlungsbegriff. Er geht davon aus, daß eine Mehrheit von Delikten eine Mehrheit von Handlungen voraussetze. „Keine Verbrechensmehrheit könne durch eine Handlung realisiert werden." Um aber nicht zur Leugnung der idealen Verbrechenskonkurrenz zu gelangen, zerlegt er die einheitliche natürliche Handlung in ideelle Handlungsteile und meint, daß unter Handlung im Sinne des § 73 eine Mehrheit solcher ideeller Handlungsteile zu verstehen sei. So teilt er in dem Falle, wo der Bruder mit der verheirateten Schwester den Beischlaf vollzieht, die copula carnalis in zwei ideelle Handlungsteile, von denen der eine dem Inzest, der andere dem Ehebruch entsprechen soll.

Zu dieser Konstruktion kommt Binding infolge der Auffassung, daß jeder rechtliche Erfolg (Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandes), hier also Inzest und Ehebruch, auf eine eigene Ursache zurückgeführt werden müsse. Er gibt zwar zu, daß im letztgenannten Falle beide Ursachen „identische Bedingungen" aufweisen, denn beiden sei die copula carnalis gemeinsam, aber, fährt er fort: „die Selbständigkeit zweier Handlungen wird durch das Maß der Identität ihrer Bedingungen in keiner Weise beeinträchtigt". Binding deduziert also: Weil zwei Ursachen vorliegen, müssen auch zwei selbständige Handlungen gegeben sein.

Der Bindingsche Handlungsbegriff steht und fällt mit seinem Ursachenbegriff. Da letzterer nicht haltbar ist, so fällt auch der Handlungsbegriff in sich zusammen. Treffend bemerkt

---

[2]) v. Dohna (S. 404): „Die Schaffung und Verwertung eines juristischen Handlungsbegriffs kann nur dazu dienen, die Sprache der Juristen dem Gemeinverständnis zu entrücken".

Heinemann (S. 64): „Binding übersieht, daß die in unserem Denken vorgenommene Operation etwas ganz anderes ist als das tatsächliche Geschehen selbst. Ehebruch und Inzest sind durch Abstraktion geschaffene Begriffe. Es ist daher verfehlt, von einer Ursache des Inzestes oder Ehebruchs zu sprechen, da das Kausalgesetz nur auf Erscheinungen der Sinnenwelt anwendbar ist". Gegen Binding richtet sich auch Beling (L. v. V. S. 304), der den Bindingschen Handlungsbegriff „eine der Wirklichkeit widerstrebende Destillation zweier Handlungen aus einer" nennt, dann das Reichsgericht (RG. Bd. 21 S. 64): „Wenn schon vom Standpunkte der natürlichen Betrachtung aus nur eine einzige Körperverletzung, z. B. ein Stoß, ein Schlag, vorliegt, kann eine Mehrheit von rechtlich selbständigen Handlungen überhaupt nicht in Frage kommen", ferner v. Bar (S. 327), v. Liszt (Lehrb. S. 216), Stürenburg (S. 9 Anm. 19).

Neuerdings hat Mayer (S. 367, 369) versucht, durch Interpretation der §§ 1, 51—59 StGB. den Begriff der Handlung des Strafgesetzbuchs zu finden. Er folgert folgendermaßen: Da in den Fällen der §§ 51—59 StGB. zwar eine strafbare Handlung ausgeschlossen sei, die Handlung im Sinne des Strafgesetzbuchs jedoch jedesmal übrigbleibe, so sei letztere als der objektive Tatbestand zu definieren. Diese Folgerung beruht u. E. auf einer unrichtigen Interpretation der genannten Bestimmungen. Wenn der Gesetzgeber in den §§ 51 ff. bestimmt: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn usw.", so will er damit sagen, daß nichts strafrechtlich Relevantes, d. h. nichts im Sinne des Strafgesetzbuchs, also auch keine Handlung im Sinne des Strafgesetzbuchs vorliegt, wenn infolge gewisser Umstände den Täter keine Schuld trifft. Ein anderer Sinn und folglich auch ein Handlungsbegriff, wie sich ihn Mayer denkt, läßt sich aus den §§ 51 ff. nicht herauslesen.[3])

Es ist nur logische Konsequenz, wenn Mayer aus seinem Handlungsbegriff das Willensmoment ausschaltet. Er führt zwei

[3]) Aus der dargelegten Interpretation der §§ 51 ff. folgt, daß Handlung im Sinne des StGB. nur dann vorliegt, wenn eine strafbare Tat im Sinne des StGB. begangen ist.

Beispiele an, aus denen erhellen soll, daß trotz einer „unwillentlichen Körperbewegung“ ein fahrlässiges Delikt begangen werden könne, folglich aus dem Begriff der Handlung das Willensmoment ausgeschaltet werden müsse. Seiner Meinung nach kann der taumelnde Betrunkene, der unwillentlich ein Kind in den Bach stößt, so daß es ertrinkt, oder jemand so anstößt, daß er sich verletzt, der fahrlässigen Tötung oder Körperverletzung, und derjenige, der bei der Arbeit sitzend einschläft und die brennende Lampe umstößt, der fahrlässigen Brandstiftung schuldig sein. Wir halten indes mit Beling (L. v. V. S. 186) in derartigen Fällen eine Fahrlässigkeit für ausgeschlossen. Denn in dem Moment, wo der völlig Betrunkene und der bei brennender Lampe Eingeschlafene in der geschilderten Weise tätig werden, ist die freie Willensbetätigung ausgeschlossen. Ihr Verhalten stellt sich gemäß § 51 StGB. als keine strafbare Handlung, d. h. als ein Nichts im Sinne des Strafgesetzbuchs dar.

Die hier zugrunde gelegte Auffassung des Handlungsbegriffs des Strafgesetzbuchs sucht Sturm (S. 160) zu widerlegen, indem er auf die Lehre vom Kausalzusammenhang zurückgreift. Die Tatsache, daß Ursache und Wirkung in einem naturnotwendigen Zusammenhang stehen, daß also auf die Körperbewegung naturnotwendig der Erfolg folgen muß, hält Sturm für ein bedeutsames Gegenargument gegen die Lehre, daß der Wille sich nur auf die Tätigkeit beziehe und der Erfolg nicht zur Handlung gehöre. Die Bedeutsamkeit dieses Arguments ist jedoch nicht einzusehen. An der Untrennbarkeit von Ursache und Wirkung kann zwar nicht gezweifelt werden, trotzdem bleibt es aber unstreitig, daß der Täter niemals von vornherein weiß, ob der gewünschte oder ein anderer Erfolg eintreten wird. Etwas Ungewisses kann aber u. E. nicht positiv gewollt werden.[4])

Mit der hier vertretenen Auffassung der Handlung stimmen überein Berner (S. 117), Bünger (S. 565), du Mesnil (S. 8), Rüdorff (S. 266), Stürenburg (S. 6), Thomas (S. 7). All die Letztgenannten stellen sich mit uns auf den Standpunkt,

[4]) Nach Ansicht Sturms (S. 157) gehört der Erfolg zur Handlung „nicht nur als Willensinhalt, sondern auch in seiner Wirklichkeit“.

daß die Handlung sich zum Erfolg wie Ursache und Wirkung verhält.

2. Der Begriff der Handlungseinheit

Der Gesetzgeber hat der Handlung des § 73 StGB. das Attribut „ein und dieselbe“ hinzugefügt. Es soll damit der § 73 in Gegensatz zu § 74 gebracht werden, wo von „mehreren selbständigen Handlungen“ die Rede ist. An und für sich ist diese ausdrückliche Betonung der Handlungseinheit überflüssig. Derselbe Sinn würde sich ergeben, wenn dastünde: „eine Handlung“. So spricht der Vorentwurf zum Strafgesetzbuch im § 90, wo die Idealkonkurrenz geregelt ist, auch nur von „einer Handlung“.

Man hat in der Literatur viel Scharfsinn darauf verwandt, um die Momente, welche die Handlungseinheit begründen, zu finden, ohne daß man zu einem befriedigenden Resultat gekommen ist. Dies ist aus der Undefinierbarkeit dieses Begriffs zu erklären, die darin begründet ist, daß die menschliche Tätigkeit viel zu mannigfache Gestalten annimmt, als daß sich sichere Begriffsmerkmale der Handlungseinheit aufstellen lassen.

„Das Leben des Menschen äußert sich in Aktivität. Was wir eine einzelne Handlung nennen, ist nur ein Teil jener kontinuierlichen Aktivität.“ [5]) So oft der Mensch irgendein Vorhaben ausführen will, spannt er seine Kräfte an. Die Anspannung ist um so intensiver und anhaltender, je größere Hindernisse zu überwältigen sind und je längere Zeit die Realisierung des Unternehmens erfordert. Diese jedesmalige Konzentration der Kräfte ist Handlung. Wenn wir uns diese fortlaufende Aktivität des Menschen graphisch darstellen, so erhalten wir das Bild einer unregelmäßigen Wellenlinie, welche an einem Ausgangspunkt (Geburt des Menschen) beginnt und an einem Endpunkt (Tod des Menschen) endet.

Eine große oder anhaltende Kraftanstrengung des Menschen entspricht einer hohen bezw. langen Welle. Will man nun die

---

[5]) Finger S. 367.

Wellen messen, so muß man die Messung an jeder einzelnen Welle vornehmen, denn jede ist von der anderen verschieden. Meistens wird es sehr schwierig sein, den Anfang und das Ende der Welle zu bestimmen. Die Figur AB möge die Schwierigkeit veranschaulichen. Einen einheitlichen sicheren Maßstab kann man bei der großen Unregelmäßigkeit der Wellen nicht finden. Es bleibt demnach nichts übrig, als ohne jedes Maß mit dem bloßen Auge jedesmal den Anfang und das Ende der Welle zu determinieren. Diese Determination wird bei allen Menschen nicht genau dieselbe sein, da das Anschauungsvermögen der einzelnen Menschen verschiedenartig ist.

Ebenso ist es auch Sache jedesmaliger tatsächlicher Feststellung, ob eine oder mehrere Handlungen vorliegen. Es muß jedesmal untersucht werden, wo die einheitliche Handlung beginnt und wo sie aufhört. Hierbei können die Einheitlichkeit des Willensvorganges und die zeitliche Folge der Tätigkeitsakte ein Verhalten des Menschen als eine Handlungseinheit erscheinen lassen. Man wird z. B. stets eine Handlung annehmen, wenn jemand durch einen Schuß eine Fensterscheibe zertrümmert und eine Person tötet. Es will jedoch damit nicht gesagt sein, daß Einheitlichkeit des Willens und zeitiges Zusammentreffen der einzelnen Tätigkeitsakte stets absolut sichere Kriterien der Handlungseinheit sind, da Fälle möglich sind, wo man vom Standpunkt der natürlichen Betrachtung aus trotz Vorliegens dieser beiden Momente eine Mehrheit von Handlungen annehmen wird, wie z. B. in dem Falle, wo jemand in beiden Händen zwei Pistolen hält und aus beiden Pistolen gleichzeitig Schüsse abgibt.

Die Auffassung Fingers (S. 369), daß es überhaupt in concreto unmöglich sei, festzustellen, ob Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit gegeben ist, muß demnach u. E. dahin berichtigt werden, daß zwar das Gesetz die Erfordernisse der Handlungseinheit nicht bestimmt und auch absolut sichere Kriterien derselben sich nicht aufstellen lassen, daß aber aus den konkreten Umständen auf die Selbständigkeit bezw. Unselbständigkeit einer Handlung geschlossen werden kann. Bei dieser jedesmaligen Beurteilung „muß man aus weiter Entfernung einen

langen und vollen Blick auf das Ganze werfen",[6]) und die natürliche Betrachtung muß dann ergeben, ob die einzelnen Akte in Beziehungen zueinander stehen und sich somit als eine einheitliche Konzentration der menschlichen Kräfte darstellen.[7])

3. Der Begriff des Verbrechens i. w. S.

Nach Analysierung der Begriffe Handlung und Handlungseinheit können wir einen Schritt weiter tun und die Frage aufwerfen, was unter Verletzung mehrerer Strafgesetze im Sinne des § 73 StGB. zu verstehen ist. Man unterscheidet Strafgesetz i. w. S., womit man eine verfassungsmäßige Kodifikation des objektiven Strafrechts versteht, und Strafgesetz i. e. S. Mit letzterem bezeichnet man einen mit Strafsanktion versehenen oder ausdrücklich von der Strafe ausgeschlossenen individuellen Tatbestand.[8]) Für die Auslegung des § 73 interessieren nur die sogen. bejahenden Strafgesetze, d. h. diejenigen, durch deren Übertretung das subjektive Strafrecht des Staates zur Entstehung kommt. Jedem Strafgesetz i. e. S. ist mit Ausnahme der Blankettstrafgesetze, welche unselbständiger Natur sind, ein Tatbestand eigentümlich.

Voraussetzung zur Anwendung der Strafsanktion eines Strafgesetzes ist menschliches Handeln. Eine Handlung ist Ursache unendlich vieler Wirkungen. Diejenige Wirkung, die sich am deutlichsten offenbart, bezeichnen wir als Erfolg im natürlichen Sinne. Von den zahlreichen Wirkungen einer Handlung (in unserem Sinne = gewollter Tätigkeit) können sich aber mehrere in markanter Weise abheben, so daß dann von mehreren natürlichen Erfolgen die Rede sein kann. Z. B. der geschleuderte Stein tötet eine Person, verletzt eine andere und zertrümmert eine Scheibe. Damit werden auch drei Strafgesetze verletzt: § 210 bezw. §§ 211, 223 u. 303 StGB. Andererseits ist denkbar, daß zwar nur ein natürlicher Erfolg vorliegt, aber mehrere

---

[6]) Ratzlaff S. 1167.

[7]) Begr. d. Vorentw. S. 369: „Die Feststellung der Einheit oder Mehrheit der Handlungen kann nur auf Grund sachgemäßer tatsächlicher Beurteilung des einzelnen Falles erfolgen".

[8]) Binding, Handb. S. 175: „Ein Strafgesetz (i. e. S.) ist der Rechtssatz, wonach aus bestimmtem Delikt das Strafrecht des Staates entsteht oder nicht entsteht".

Strafgesetze getroffen werden. Der Bruder z. B. vollzieht mit der verheirateten Schwester den Beischlaf: hier sind ein natürlicher Erfolg, die copula carnalis, aber Verletzungen zweier Strafgesetze gegeben. Die jedesmalige Realisierung des Tatbestandes eines Strafgesetzes ist der rechtliche Erfolg, so daß wir es im letztgenannten Fall mit einem natürlichen Erfolge, aber mit mehreren rechtlichen Erfolgen zu tun haben. Wenn nun § 73 StGB. von Verletzungen mehrerer Strafgesetze spricht, so sind damit rechtliche Erfolge gemeint. Der rechtliche Erfolg ist aber das Verbrechen i. w. S. Demnach enthält § 73 die Handlungseinheit und die Verbrechensmehrheit, er behandelt das ideale Zusammentreffen von Verbrechen.

Zu einem anderen Resultat wird man freilich gelangen, wenn man mit Mayer (S. 375) behauptet, es gebe überhaupt nicht rechtliche Erfolge, da einer realen Ursache nur ein realer Erfolg entsprechen könne. Das Kausalgesetz sei nur in der realen Welt anzuwenden. Spreche man von Verletzung abstrakter Begriffe, wie Rechtsgütern, Interessen und Rechten, so bedeute das „eine Vermengung des logischen Erkenntnisgrundes und des darauf gegründeten Urteils mit dem transzendentalen Naturgesetz von Ursache und Wirkung".

Gewiß, man wird Mayer insoweit recht geben, daß das Geltungsgebiet des Kausalgesetzes als eines Naturgesetzes nur die Natur, d. h. die reale Welt, ist. Dieses Zugeständnis soll indes nicht hindern, von rechtlichen Wirkungen oder Erfolgen und von Verletzung abstrakter Begriffe zu sprechen. Das jeweilige Verhalten des Täters betrachtet der Kriminalist anders als der Naturwissenschaftler. Letzterer begnügt sich damit, den nackten Vorgang, den der Täter ins Rollen bringt, festzustellen, ersterer stellt ihn nicht allein fest, sondern er untersucht ihn auch vom kriminalistischen Standpunkte aus, indem er ihn mit den gesetzlich fixierten Tatbeständen vergleicht, um event. eine Übereinstimmung zu konstatieren. Diese Übereinstimmung ist zwar nicht realer Natur, da sie ja nur gedacht wird. Um sie aber zum Ausdruck zu bringen, spricht der Kriminalist von rechtlichem Erfolg oder rechtlicher Wirkung des verbrecherischen Verhaltens. Selbstverständlich gebraucht

er die Bezeichnungen Erfolg und Wirkung nicht im eigentlichen Sinne, d. h. im Sinne des nur auf reale Vorgänge anzuwendenden Kausalgesetzes, sondern nur in analoger Weise.[9])

Ebenso ist es eine Analogie, wenn in der Kriminalistik von Verletzung von Rechtsgütern, Interessen, Rechten u. dgl. gesprochen wird. Daß abstrakte Begriffe in realer Weise nicht verletzt werden können, ist außer Zweifel. Warum sollte man aber z. B. nicht in analoger Weise von Verletzung der Sittlichkeit sprechen, wenn der Norm: Du sollst dich sittlich verhalten — zuwidergehandelt ist. Wenn dagegen polemisiert wird, so ist das nur ein terminologischer Streit. Das Strafgesetzbuch selbst spricht im § 73 von Verletzung mehrerer Strafgesetze, obwohl ein Gesetz als abstrakter Begriff in realer Weise nicht verletzt werden kann.

Die Unterlassungseinheit

Da unter den strafrechtlichen Begriff der Handlung auch die Unterlassung fällt, so ist Handlungseinheit im Sinne des § 73 StGB. auch die Unterlassungseinheit. Was die sogen. unechten Unterlassungsverbrechen, d. h. Begehungsverbrechen durch Unterlassung, anlangt, so wird die Möglichkeit der Idealkonkurrenz in Theorie und Praxis zugegeben. Läßt z. B. eine Amme in der Absicht, Zwillinge, die ihr anvertraut sind, umzubringen, während einer kalten Wintersnacht das Fenster des Zimmers offen, in welchem die Zwillinge schlafen, es stirbt nun das eine Kind infolge von Erkältung, das andere kommt mit einer Lungenentzündung davon, so steht, da offenbar nur eine Unterlassung gegeben ist, nichts im Wege, Idealkonkurrenz zwischen Mord und Mordversuch anzunehmen.

Von der nämlichen Untersuchung, ob eine Unterlassung vorliegt, muß man ausgehen, wenn man bei echten Unterlassungsverbrechen die Frage nach der Idealkonkurrenz aufwirft. Die Untersuchung wird dann oft zu dem Ergebnis führen, daß zwar mehrere, aber unselbständige Unterlassungen gegeben sind, die eine Unterlassungseinheit im Sinne des § 73 StGB. bilden. Gewisse absolut sichere Kriterien der Unterlassungseinheit lassen

[9]) Im Gegensatz zur herrschenden Lehre wendet Sturm (S. 161 ff.) das Kausalgesetz auch auf die abstrakte Welt an. Dies dürfte wohl nicht richtig sein.

sich ebenso wie bei der Handlungseinheit nicht abstrakt aufstellen, an Hand der konkreten Umstände muß dies geprüft werden. Fehlen z. B. auf derselben periodischen Druckschrift der Name des Druckers und des verantwortlichen Redakteurs, so fehlt diesen beiden Unterlassungen der Charakter der Selbständigkeit, sie sind vielmehr Teile einer Unterlassung im Sinne des § 73 StGB. Daher ist Idealkonkurrenz zwischen § 6 und § 7 des Preßgesetzes anzunehmen. So auch Höpfner (S. 184 ff.), Olshausen (S. 581), Reichsgericht (RG. Bd. 6 S. 367). Dagegen bestreiten mit Unrecht die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zwischen echten Unterlassungsdelikten Habermaas (S. 25), Hiller (S. 224), Oppenhoff (zu § 73 StGB.).

Die Theorie, welche die Idealkonkurrenz als echte Verbrechenskonkurrenz anerkennt und sie in § 73 StGB. als geregelt erachtet, wird vielfach bekämpft, z. B. von v. Liszt, Heinemann, Höpfner und Wachenfeld. Die letzteren gehen davon aus, daß „das Verbrechen Handlung sei", und erklären, ein jedes Verbrechen sei „ein an einem bestimmten Ort, zu einer bestimmten Zeit erfolgendes Ereignis" [10]) und erfordere daher eine eigene Tätigkeit. Nicht der rechtliche Erfolg sei das Verbrechen i. w. S., sondern gewollte Tätigkeit und Erfolg, d. h. der ganze Vorgang, der sich in der Sinnenwelt abspiele. Dieser Auffassung folgt auch der Vorentwurf zum Strafgesetzbuch.

So richtig die Äußerung v. Liszts (ZStW. S. 667) ist: „Hervorgegangen aus den Tatsachen des Lebens, hat die Rechtswissenschaft in letzterer Linie nicht Begriffe, sondern Tatsachen zu umspannen", so unentbehrlich ist für den Strafrichter ein Verbrechensbegriff, der ihm die volle Würdigung der Straftat ermöglicht. In dem Fall, wo der geschleuderte Stein eine Person tötet, eine andere verletzt und eine Scheibe zertrümmert, nimmt v. Liszt nur ein Verbrechen an. Binding (Handb. S. 567) fragt nun mit Recht: „Welches? Wo steht im Gesetz, daß jedes Verbrechen seiner separaten Körperbewegung bedürfe? Und wie ist von diesem kraß realistischen Standpunkt aus zu vermeiden, daß mehrere Schläge in Körperverletzungsabsicht mit je einem

[10]) Heinemann S. 70.

verletzenden Erfolg mehrere Verbrechen darstellen?“ v. Liszt bleibt die Beantwortung der Frage, welches Verbrechen vorliegt, schuldig.[11])

v. Liszt sucht seine Theorie, wonach es sich im § 73 StGB. um Gesetzeskonkurrenz handle, auf den Wortlaut des Gesetzes zu stützen. § 73 spreche von Verletzung mehrerer Strafgesetze und nicht von Verbrechensmehrheit. Wie wir indes nachzuweisen versucht haben, ist unter Verletzung eines Strafgesetzes oder, was dasselbe ist, Realisierung eines vom Gesetzgeber mit Strafsanktion versehenen Tatbestandes das Verbrechen i. w. S. zu verstehen.[12])

II. Historische Begründung der idealen Verbrechenskonkurrenz des § 73 StGB.

Auch die Entstehungsgeschichte des Strafgesetzbuchs spricht dafür, daß dem § 73 die von uns verteidigte Theorie der Verbrechenskonkurrenz zugrunde liegt.

Ist der Sinn eines Gesetzes bestritten, so ist es nicht zu empfehlen, aus dem Wortlaut etwas herauslesen zu wollen. Gegen eine grammatische Interpretation — die selten zum Ziele führt — wendet sich schon Celsus (D. 1, 3, 17), indem er sagt: „Scire leges non hoc est verba eorum tenere sed vim ac potestatem“. Maßgebend für die Rechtsanwendung ist vielmehr der gesetzgeberische Gedanke, der dem Gesetz zugrunde liegt. Läßt sich dieser nicht so ohne weiteres ermitteln, so tut man gut, sich in die Entstehungszeit des betreffenden Gesetzes zu versetzen und aus dem Geist dieser Zeit Schlüsse zu ziehen. So ist es denn auch am Platze, uns zu vergegenwärtigen, in welchem Entwicklungsstadium sich die Konkurrenzlehre zur Zeit der Entstehung des Strafgesetzbuchs befunden hat. Die damalige Strafrechtswissenschaft erkannte in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht fast durchweg die Idealkonkurrenz als echte Verbrechenskonkurrenz an. So sagt z. B. Berner (S. 265): „Ein ideales oder formales Zusammentreffen liegt vor, wenn

[11]) vgl. die Polemik v. Birkmeyers (S. 1153) gegen v. Liszt: „Die Meinung ruht auf dem irrigen Grunde, daß eine Handlung nur ein Verbrechen sein könne“.

[12]) Gut Paul Merkel S. 272: „Die Definition kann und muß lauten: Verbrechen ist die willkürliche, rechtswidrige und schuldhafte Verwirklichung eines gesetzlich mit Strafe bedrohten Tatbestandes“.

eine Handlung den Tatbestand mehrerer Verbrechen enthält", ferner John (S. 626): „Aus einer Handlung entstehen mehrere Verbrechen", wobei er sich beruft auf l. 9 C. 9, 2: „ex eodem facto plurima crimina nascuntur". Den schlagendsten Beweis aber liefern die Motive zum revidierten Entwurf des Strafgesetzbuchs, der am 14. 2. 1870 dem Reichstag vorgelegt worden ist. Sie gehen davon aus, daß bei der Idealkonkurrenz mehrere Verbrechen vorliegen, und sagen ausdrücklich: „Der § 71 (jetzt 73) erkennt den Satz des gemeinen Rechts an, daß bei der Idealkonkurrenz nur auf die Strafe des schwereren Verbrechens zu erkennen sei". Diese ausdrückliche Anerkennung der gemeinrechtlichen Lehre widerlegt ohne weiteres die in der Begründung des Vorentwurfs (S. 376 ff.) aufgestellte Behauptung, daß die Entstehungsgeschichte des Strafgesetzbuchs gegen die Theorie der idealen Verbrechenskonkurrenz spreche.

Nur im Sinne der zur Zeit der Entstehung des Strafgesetzbuchs herrschenden Meinung, als deren markantesten Vertreter man wohl Berner bezeichnen wird, muß man § 73 auslegen. Nicht allein die ungleichartige, sondern auch die gleichartige Idealkonkurrenz ist gemäß § 73 zu behandeln. In Übereinstimmung mit Berner, dessen Lehrbuch die Gedanken widerspiegelt, die den Gesetzgeber des Strafgesetzbuchs geleitet haben, ist § 73 zu interpretieren: „Der § 73 hat nicht die theoretische Aufgabe, eine erschöpfende Definition des idealen Zusammentreffens aufzustellen, sondern nur die praktische Absicht, einen Fall des idealen Zusammentreffens, nämlich den Fall der ungleichartigen idealen Konkurrenz zu entscheiden; . . . nur deshalb, weil der Gesetzgeber die Entscheidung für zweifellos hält, gibt er keine Anordnung für den Fall, wo durch eine Handlung dasselbe Strafgesetz mehrmals übertreten würde" (Berner S. 300).[13])

---

[13]) Melzer S. 27: „Das Lehrbuch Berners bildet für das Verständnis des StGB. eine überaus wichtige Grundlage".

§ 4.

Die Gesetzeskonkurrenz

Zu unterscheiden von der idealen Verbrechenskonkurrenz sind die Fälle der sogen. Gesetzeskonkurrenz, wo ein Tatbestand scheinbar unter mehrere Strafgesetze sich subsumieren läßt, während nach dem Willen des Gesetzgebers nur ein Strafgesetz zur Anwendung kommen soll. Positive Vorschriften über die Behandlung dieser strafrechtlichen Erscheinung enthält das Strafgesetzbuch ebenso wie der neue Vorentwurf nicht. Es ist vielmehr Sache der richtigen Gesetzesauslegung, das zur Anwendung kommende Gesetz zu ermitteln. Die Bezeichnung Gesetzeskonkurrenz ist mit Recht vielfach angegriffen worden, da im Grunde mehrere Gesetze nicht konkurrieren, sondern nur ein Gesetz in Frage kommt. Daher tut man gut, von einem „Subsumtionszweifel“ [1]) zu sprechen. Hierher gehören die Fälle der Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion und Alternativität der Strafgesetze.

1. Im Verhältnis der lex specialis zur lex generalis stehen z. B. die §§ 370 Nr. 5, 242, 363 u. 267 StGB.;

2. der lex subsidiaria zur lex primaria z. B. § 43 StGB. und alle Strafgesetze, welche die vollendete Handlung mit Strafe bedrohen. Im subsidiären Verhältnis steht ferner das Gefährdungsdelikt gegenüber dem Verletzungsdelikt.

3. Konsumtion liegt dann vor, wenn „das eine Verbrechen ein begrifflich notwendiges Durchgangsstadium für ein anderes bildet“,[2]) z. B. Körperverletzung und tätliche Beleidigung, Nötigung und Raub.

4. Von Alternativität spricht man dann, wenn eine strafbare Handlung die Tatbestände mehrerer Strafgesetze erfüllt, ohne daß der Richter erkennen kann, welches Gesetz er anwenden soll. Es ist Bindings Verdienst, auf diese Erscheinung als erster aufmerksam gemacht zu haben. Die Alternativität ist auf ein Versehen der Gesetzgebung zurückzuführen. In einem solchen Verhältnis stehen z. B. § 298 StGB. und § 93 SeemO., ferner die §§ 265, 306 StGB.[3])

[1]) Schütze S. 55.

[2]) Frank S. 165.

[3]) Pflaum (S. 47) zählt irrigerweise die Alternativität zu den Fällen der Idealkonkurrenz.

Der innere Grund dafür, daß der Gesetzeskonkurrenz eine andere strafrechtliche Behandlung zuteil wird als der Idealkonkurrenz, liegt darin, daß erstere sich „als das Verhältnis mehrerer Strafgesetze zu der gleichen Lebenserscheinung“ [4]) darstellt, während das Wesen der Idealkonkurrenz darin besteht, daß eine Mehrheit von Lebenserscheinungen sich unter mehrere Strafgesetze subsumieren läßt. Tötet z. B. jemand einen anderen, so ist die Tötung eine markante Lebenserscheinung, folglich wird auch vom Richter die in der Tötung liegende Körperverletzung nicht berücksichtigt — Gesetzeskonkurrenz —, vollzieht dagegen der Bruder mit der verheirateten Schwester den Beischlaf, so liegen trotz nur einer copula carnalis zwei typische Lebenserscheinungen vor, nämlich Ehebruch und Inzest, beide werden demnach einer gesonderten Würdigung unterworfen — Idealkonkurrenz.

§ 5.

Die Realkonkurrenz

Dieselbe Tendenz, eine Mehrheit von Lebenserscheinungen strafrechtlich zu würdigen, verfolgt der § 74 StGB. Während jedoch § 73 StGB. den Fall behandelt, daß durch mehrere unselbständige Handlungen bezw. Tätigkeitsakte, die sich zu einer Handlungseinheit kombinieren, mehrere Verbrechen begangen werden, regelt § 74 StGB. die sogen. Realkonkurrenz, d. h. den Fall, wo jemand „durch mehrere selbständige Handlungen“ mehrere Verbrechen begeht. Die Feststellung, ob mehrere selbständige oder unselbständige Handlungen vorliegen, ist entweder der natürlichen Betrachtung des einzelnen Falles überlassen, oder das Gesetz bestimmt bei gewissen Verbrechen, so z. B. bei den Kollektivdelikten und zusammengesetzten Verbrechen, daß eine Mehrheit an sich selbständiger Handlungen als eine Tateinheit betrachtet werden soll (sogen. Fälle der gesetzlichen Einheit).

§ 6.

Die Lösung der Konkurrenzfrage beim Bankrott als Ergebnis der ganzen Abhandlung

Nachdem die notwendigen Voraussetzungen gewonnen sind, werden drei Fälle herausgegriffen, an Hand deren die Konkurrenzfrage beim Bankrott erörtert wird.

---

[4]) Binding, Beitr. zur Lehre von der Konkurrenz der Strafgesetze S. 4.

Es soll zunächst gefragt sein, ob, wenn jemand den Tat- I.
bestand des § 239 Nr. 3 und des § 240 Nr. 3 KO. durch ein und dieselbe Handlung erfüllt hat, § 73 StGB. zur Anwendung kommt. Da im Sinne des Strafgesetzbuchs auch die Unterlassung Handlung ist und die §§ 239 Nr. 3 und 240 Nr. 3 Unterlassungen mit Strafe bedrohen, so können wir auch die Frage formulieren: Kommt § 73 StGB. zur Anwendung, wenn jemand durch eine Unterlassung den Tatbestand der §§ 239 Nr. 3 und 240 Nr. 3 KO. erfüllt hat?

Als Deliktssubjekt kommt hier nicht jeder Schuldner in Betracht, sondern nur ein Vollkaufmann, ferner Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, ferner Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, Geschäftsführer einer Gesellschaft m. b. H. (§ 244 KO., Gesetz betr. die Gesellschaften m. b. H. von 1892), Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (Gesetz betr. die privaten Versicherungsunternehmungen v. 12. 5. 1901 § 112).

Das Handelsgesetzbuch stellt im § 38 eine generelle Bestimmung auf, wonach jeder Vollkaufmann verpflichtet ist, „Bücher zu führen und in diesen seine Handelsgeschäfte und die Lage seines Vermögens nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung ersichtlich zu machen". Eine Verpflichtung zur Führung bestimmter Bücher statuiert es im § 41 insofern, als es jeden Vollkaufmann anhält „innerhalb der einem ordnungsmäßigen Geschäftsgang entsprechenden Zeit Inventur und Bilanz aufzustellen". Welche Bücher unter die generelle Bestimmung des § 38 HGB. fallen, müssen die konkreten Umstände ergeben, insbesondere der kaufmännische Betrieb. „In jedem einzelnen Falle ist zu entscheiden, ob nach bestimmten kaufmännischen Grundsätzen ein bestimmtes Buch geführt werden mußte."[1]) Eine besondere Verpflichtung, Depotbücher zu führen, enthält das sogen. Depotgesetz v. 5. 6. 1896 für diejenigen Kaufleute, welche im Betriebe ihres Handelsgewerbes fremde Wertpapiere aufbewahren.

---

[1]) Petersen-Kleinfeller S. 696; Jaeger S. 593.

Eine Unterlassung der Buchführung ist richtiger Ansicht nach erst dann als vorliegend zu erachten, wenn überhaupt keins von den gesetzlich notwendigen Büchern geführt worden ist.[2]) Liegt z. B. eine Unterlassung der Bilanzziehung vor, während sonstige wesentliche Bücher geführt worden sind, so greift nicht § 239 Nr. 3, sondern § 239 Nr. 4 KO. Platz, wo die unordentliche Buchführung und die damit verbundene Herbeiführung der Unübersichtlichkeit des Vermögensstandes mit Strafe bedroht ist.

Gemäß dem Vorstehenden setzt sich der Tatbestand des ersten Falles aus folgenden Merkmalen zusammen: Ein Vollkaufmann unterläßt vor oder nach Zahlungseinstellung (bezw. Konkurseröffnung) in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, jegliche gesetzlich notwendige Buchführung. Damit ist zunächst das Delikt des betrügerischen Bankrotts begangen. Geht die Unterlassung der Zahlungseinstellung (bezw. Konkurseröffnung) voraus, so ist das Delikt vollendet mit Eintritt der letzteren, folgt die Unterlassung der Zahlungseinstellung (bezw. Konkurseröffnung) nach, mit der Tatsache der Unterlassung.

Dieser Tatbestand enthält aber auch die Merkmale des einfachen Bankrotts. Es erhebt sich daher die Frage, ob eine ideale Konkurrenz zwischen betrügerischem und einfachem Bankrott vorliegt. Daß Unterlassungsdelikte in idealer Weise konkurrieren können, haben wir bereits in § 3 unserer Abhandlung nachzuweisen versucht. Hier handelt es sich um unechte Unterlassungsdelikte, denn das Gesetz will nicht die Unterlassung als solche, sondern die Verletzung der Gläubigerrechte durch Unterlassung bestrafen. Voraussetzung der Anwendung des § 73 StGB. ist nun eine durch Handlungseinheit verursachte Verbrechensmehrheit. Das Erfordernis der Handlungseinheit ist im vorliegenden Falle zweifellos vorhanden, denn der Täter macht sich nur einer Unterlassung schuldig. Es gilt daher nur zu untersuchen, ob Deliktsmehrheit gegeben ist.

Die Untersuchung muß davon ausgehen, in welchem Ver-

---

[2]) So RG. Bd. 13 S. 354, Bd. 30 S. 170; Jaeger S. 954; Olshausen S. 1151; Staub S. 209.

hältnis die §§ 239 Nr. 3 und 240 Nr. 3 KO. zueinander stehen. Wir sind im § 2 der Abhandlung zu dem Ergebnis gekommen, daß beide Bankrottarten Verletzungsverbrechen sind. Die Ansicht Bindings, daß der betrügerische Bankrott ein Verletzungs-, der einfache Bankrott ein Gefährdungsdelikt sei, haben wir zurückgewiesen. Wäre diese Ansicht richtig, so ständen die §§ 239 Nr. 3 und 240 Nr. 3 KO. im Verhältnis der Subsidiarität, denn das Gefährdungsdelikt ist bei Handlungseinheit und Einheit des Rechtsgutes dem Verletzungsdelikt subsidiär.[3]) Aus diesem Grunde müßte gemäß dem Satz: lex primaria derogat legi subsidiariae § 239 Nr. 3 dem § 240 Nr. 3 vorgehen und zur Anwendung kommen.

Ein Verhältnis der Subsidiarität läßt sich indes zwischen beiden Bestimmungen nicht feststellen, trotzdem aber bleibt es bei der alleinigen Anwendung des § 239 Nr. 3. Denn zwischen beiden besteht ein Verhältnis der Spezialität, da § 239 Nr. 3 eine Qualifikation des § 240 Nr. 3 ist. Es gilt demnach der Satz: lex specialis derogat legi generali; wir haben es also mit einem Subsumtionszweifel zu tun. In Wirklichkeit wird nur ein Gesetz verletzt. Dieselbe Ansicht vertritt auch Binding (Handb. S. 262), indem er sagt: „Soweit § 239 KO. den Tatbestand des § 240 KO. qualifiziert, ist ein Zweifel an der Unmöglichkeit einer Konkurrenz zwischen betrügerischem und einfachem Bankrott überhaupt nicht denkbar“.[4])

Ebenso ist zu entscheiden, wenn §§ 239 Nr. 4 und 240 Nr. 3 KO. durch eine Handlung erfüllt werden, da der betrügerische Bankrott eine qualifizierte Form des einfachen Bankrotts ist. Wir kommen demnach zu dem Ergebnis, daß eine ideale Verbrechenskonkurrenz zwischen § 239 u. § 240 KO. ausgeschlossen ist. And. M. RG. Bd. 6 S. 98.

II. Es erhebt sich die weitere Frage, ob eine Realkonkurrenz zwischen dem § 239 u. § 240 KO. denkbar ist. Es soll der spezielle Fall erwogen werden, daß jemand durch mehrere selbständige Handlungen die §§ 239 Nr. 1 und 240 Nr. 1 KO. erfüllt hat.

[3]) Binding, Handb. S. 359.
[4]) Ähnlich RG. Bd. 2 S. 198 ff.

Wenn hier von mehreren selbständigen Handlungen die Rede ist, so können natürlich darunter nur Bankrotthandlungen verstanden werden. Denn wie wir bereits im § 2 der Abhandlung festgestellt haben, sind Zahlungseinstellung und Konkurseröffnung keine Handlungen des Schuldners, sondern Momente, die von den Bankrotthandlungen selbst zu trennen sind. Hiernach treffen im zweiten Falle folgende Handlungen zusammen: „das Verheimlichen oder Beiseiteschaffen von Vermögensstücken in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, und das Verbrauchen oder Schuldigwerden von übermäßigen Summen durch Aufwand, Spiel oder Wette oder durch Differenzhandel mit Waren oder Börsenpapieren".

Im Gegensatz zum Falle I kommt hier als Deliktssubjekt nicht allein ein Vollkaufmann bezw. Vorstandsmitglied, Liquidator oder Geschäftsführer der im Falle I genannten Personenvereinigungen, sondern jeder Schuldner in Frage, der seine Zahlungen einstellt oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet ist. Die Schuldnereigenschaft setzt Volljährigkeit voraus, denn erst mit Vollendung des 21. Jahres bezw. Volljährigkeitserklärung beginnt nach geltendem Zivilrecht (§§ 104 ff. BGB.) die Fähigkeit, sich durch Verträge unbeschränkt zu verpflichten. Der Minderjährige gilt nur dann als Schuldner im Sinne der §§ 239, 240 KO., wenn er vom gesetzlichen Vertreter die Genehmigung zum Abschluß von Verträgen erhalten hat. So die herrschende Ansicht: Cosack (S. 44 ff.), Jaeger (S. 944), Olshausen (S. 1141), Staub (S. 204); and. M. Wolff (S. 16).

Es ist im Falle II zunächst die Möglichkeit gegeben, daß die fraglichen Bankrotthandlungen bei verschiedenen Zahlungseinstellungen bezw. Konkurseröffnungen vorgenommen werden. A hat z. B. nach Konkurseröffnung über sein Vermögen in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, Vermögensstücke beiseite geschafft. Die Staatsanwaltschaft erhält hiervon zunächst keine Kenntnis. Das Konkursverfahren wird durch einen Zwangsvergleich beendet, in dem die Gläubiger nur 50 % erhalten. Fünf Jahre darauf erlebt A wiederholt einen finanziellen Zusammenbruch, welcher eine Zahlungseinstellung zur Folge hat. Während des Insolvenzzustandes treibt er waghalsige Spekulationen mit Börsenpapieren und verbringt auf diese Weise den

Rest seines Vermögens. Wenn jetzt beide Handlungen des A zur Aburteilung gelangen, so steht nichts im Wege, eine Realkonkurrenz im Sinne des § 74 anzunehmen. Das Fallissement, welches zu beiden Bankrotthandlungen erneut hinzutritt, verleiht ihnen den Charakter der Selbständigkeit.

Ebenso ist zu entscheiden, wenn über verschiedene Vermögensmassen des Schuldners verschiedene Konkursverfahren schweben. A ist z. B. Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, die in Konkurs gerät. Infolge der Verluste, die er durch die Zahlungsunfähigkeit der offenen Handelsgesellschaft erleidet, wird er selbst insolvent, so daß auch über sein Privatvermögen der Konkurs eröffnet wird. Bei der Feststellung der Aktiven und Passiven der offenen Handelsgesellschaft verheimlicht er in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, gewisse Forderungen der Gesellschaft. Außerdem verbraucht er durch Aufwand und Spiel übermäßige Summen und schädigt dadurch seine Privatgläubiger. Auch hier muß § 74 StGB. Platz greifen. Das verschiedene Fallissement ist es wiederum, das die Selbständigkeit der Handlungen im Sinne des § 74 begründet.

Ein lebhafter Streit herrscht nun darüber, ob Realkonkurrenz anzunehmen ist, wenn bei derselben Zahlungseinstellung (bezw. Konkurseröffnung) Gestaltungen des einfachen und betrügerischen Bankrotts zusammentreffen, z. B. Handlungen der §§ 239 Nr. 1 und 240 Nr. 1. Die Divergenz der Meinungen ist vornehmlich darauf zurückzuführen, daß der Zahlungseinstellung (bezw. Konkurseröffnung) eine verschiedene Bedeutung beigelegt wird. Faßt man sie nämlich als Strafbarkeitsbedingung, d. h. als „eine von dem verbrecherischen Tatbestand unabhängige Tatsache“ auf, so kommt man konsequenterweise zur Möglichkeit einer Konkurrenz. Da nach dieser Auffassung lediglich die Bankrotthandlung der verbrecherische Tatbestand ist, müßten die Anhänger dieser Auffassung bei Einheitlichkeit des Fallissements ebensoviele realkonkurrierende Delikte annehmen, als Bankrotthandlungen gegeben sind. Denn es braucht ja das Fallissement als „äußere Tatsache“ zu den verschiedenen Handlungen des einfachen und betrügerischen Bankrotts als selbständigen Ver-

brechenstatbeständen nur einmal hinzuzutreten, so werden logischerweise so viele Delikte existent, als Handlungen vorliegen.

Um aber nicht zu diesem bedenklichen Schluß, der an sich sehr logisch ist, zu kommen, konstruiert v. Liszt (Lehrb. S. 459) ohne weitere Begründung eine juristische Handlungseinheit. „Durch diese einheitliche Bedingung der Strafbarkeit werden die sämtlichen etwa vom Gemeinschuldner begangenen Einzelhandlungen zu einer juristischen Handlungseinheit zusammengefaßt. Solange es sich um dieselbe Zahlungseinstellung handelt, können nicht zwei Bankbrüche angenommen werden.“ Man wird diese Konstruktion vom Standpunkt v. Liszts aus nicht als konsequent bezeichnen können. Begeht z. B. jemand in einem Zwischenraum von sechs Wochen zweimal Ehebruch, indem er beide Male mit verschiedenen Personen die copula carnalis vornimmt, so wird niemand, wenn die Ehescheidung erfolgt, daran denken, wegen der einheitlichen Strafbarkeitsbedingung nur wegen eines Ehebruchs zu strafen. Konsequent verfährt Beling (L. v. V. S. 375). Er polemisiert gegen v. Liszt, indem er erklärt, daß mehrere Handlungen nur dann eine Einheit bilden könnten, wenn sie selber in einer nahen Beziehung zueinander stehen. „Die faktische Gemeinsamkeit einer sogen. objektiven Strafbarkeitsbedingung könne nicht den Titel dafür abgeben, eine Anzahl von Einzelakten zur Handlungseinheit zusammenzulegen. Es ist nicht ohne weiteres ein einziger Bankrottfall um deswillen gegeben, weil eine einzige Konkurseröffnung in Frage steht.“

Eine eigentümliche Auffassung wird von Seeger (S. 143) vertreten. In der Frage, ob Konkurrenz anzunehmen ist, wenn bei derselben Zahlungseinstellung mehrere teils dem § 239 KO., teils dem § 240 KO. angehörige Handlungen zusammentreffen, läßt er den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung (bezw. Konkurseröffnung) entscheiden. Er unterscheidet drei Fälle:

Liegen verschiedene Handlungen der §§ 239, 240 KO. vor, der Zahlungseinstellung (bezw. Konkurseröffnung), dann soll § 73 StGB. Anwendung finden. „Als Handlung im Sinne des § 73 erscheint das ganze strafbare Verhalten bis zur Zahlungseinstellung.“

Folgen die Handlungen dagegen der Zahlungseinstellung nach, dann soll § 74 Platz greifen.

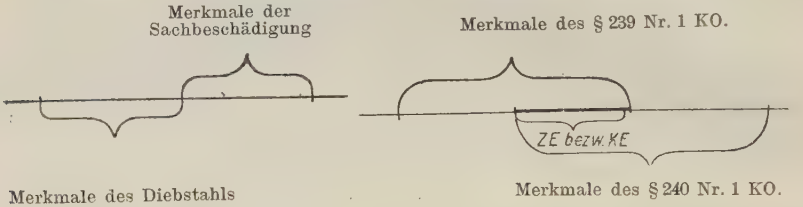
Werden die Handlungen des betrügerischen Bankrotts vor, die des einfachen Bankrotts nach Zahlungseinstellung begangen oder umgekehrt, so trifft auch § 74 StGB. zu.

Auf die Unhaltbarkeit der Seegerschen Auffassung deutet schon der Umstand hin, daß sie in der Wissenschaft gar keine Verfechter gefunden hat. Eine solche Unterscheidung ist deshalb abzulehnen, weil, wie auch Schmidt (S. 179) richtig bemerkt, nach der Fassung des Gesetzes ein Unterschied, ob die Handlung vor oder nach Eintritt des Fallissements begangen ist, nicht gemacht werden kann.

Die Möglichkeit einer Realkonkurrenz scheitert vor allem an dem Umstand, daß das Fallissement ein Tatbestandsmerkmal ist. § 74 StGB. setzt voraus, daß mehrere Verbrechen zur Aburteilung gelangen, die von demselben Täter durch „selbständige Handlungen“ begangen sind. Mit anderen Worten, es liegt Realkonkurrenz erst dann vor, wenn mehrere vollständige Verbrechenstatbestände nebeneinander liegen, von denen ein jeder mittels einer besonderen Tätigkeit verwirklicht sein muß.[5]) Wenn nun den einzelnen Bankrotthandlungen — hier interessieren nur die §§ 239 Nr. 1 u. 240 Nr. 1 — das Merkmal des Fallissements gemeinsam ist, so kann man doch unmöglich von selbständigen Verbrechenstatbeständen im Sinne des § 74 sprechen. Dies leuchtet ein, wenn man sich graphisch eine Realkonkurrenz und im Gegensatz zu einer solchen das Zusammentreffen von Gestaltungen der §§ 239 Nr. 1 u. 240 Nr. 1 KO. bei demselben Fallissement darstellt. Es sollen z. B. Diebstahl und Sachbeschädigung real konkurrieren, dann gleichen die Tatbestände beider Delikte zwei aneinander liegenden, sich ausschließenden Abschnitten einer längeren Linie, welche die Aktivität des Menschen vorstellen soll. Entwirft man ein entsprechendes Bild des vorliegenden Falles, so findet man, daß die Tatbestände des

[5]) RG. Bd. 6 S. 98: „Realkonkurrenz setzt mehrere Handlungen voraus, in welchen sich der Tatbestand mehrerer Verbrechen selbständig erschöpft“.

einfachen und betrügerischen Bankrotts sich nicht ausschließen, sondern infolge des gemeinsamen Merkmals der Zahlungseinstellung (ZE) bezw. Konkurseröffnung (KE) ineinander übergehen.



Haben wir nachzuweisen versucht, daß die Annahme einer Realkonkurrenz unmöglich ist, so stoßen wir auf eine neue Schwierigkeit, nämlich auf die Frage, welches Delikt überhaupt begangen ist, wenn Handlungen der §§ 239 Nr. 1 u. 240 Nr. 1 KO. bei demselben Fallissement zusammentreffen. Wenn jemand nach Zahlungseinstellung böswillig Vermögensstücke beseitigt und leichtfertigerweise im Spiel übermäßige Summen verliert, wird er dann aus § 239 Nr. 1 oder § 240 Nr. 1 bestraft? Die Zahlungseinstellung kann nur zu der einen oder der anderen Bankrotthandlung in Beziehung gebracht werden, denn sowohl der Tatbestand des § 239 Nr. 1 als auch der des § 240 Nr. 1 setzt sich aus Bankrotthandlungen und je einem Fallissement zusammen. Ohne Frage gebührt der schwereren Handlung der Vorzug, so daß nur aus § 239 Nr. 1 gestraft werden muß. Denn auf diese Weise trifft den Täter eine angemessene Strafe. Die zweite Bankrotthandlung (Verbrauchen übermäßiger Summen im Spiel) steht isoliert da, weil sie allein nicht fähig ist, einen selbständigen Verbrechenstatbestand zu bilden, und kann infolgedessen nur bei der Strafzumessung innerhalb des Strafrahmens des § 239 KO. in Betracht gezogen werden.

Das Reichsgericht hat in seiner bisherigen Judikatur konstant an dem Standpunkt festgehalten, daß die Zahlungseinstellung Tatbestandsmerkmal sei, und hieraus stets die richtige Folgerung gezogen, daß bei derselben Zahlungseinstellung eine reale Konkurrenz zwischen § 239 u. § 240 KO. unmöglich sei. Vgl. RG. Bd. 1 S. 101, Bd. 2 S. 198, Bd. 6 S. 97, Bd. 16 S. 190. Es begeht aber u. E. den Fehler, daß es beim Zusammentreffen von Gestaltungen des einfachen und betrügerischen Bankrotts nicht

unterscheidet, ob es Modalitäten des einen oder anderen Delikts sind, sondern „von alternativen Merkmalen desselben Delikts“ spricht.[6]) Wiewohl hier der Gedanke nahe liegt, nur ein Delikt anzunehmen, da beide Delikte keine verschiedenen Verbrechenstypen, sondern nur Artverbrechen eines nicht geregelten Gattungsverbrechens sind, so muß man sie doch voneinander trennen, vor allem deshalb, weil ein jedes von ihnen nur in bestimmten Formen begangen werden kann.

Mit der hier vertretenen Ansicht stimmen überein Binding (Lehrb. S. 441), Frank (S. 136), Jaeger (S. 956, 957, 971), Hälschner (Bd. 2 S. 413, 417), Höpfner (S. 257), Köhler (S. 55), v. Liszt (S. 240, 462), Meyer-Allfeld (S. 793), Meves (S. 392), Olshausen (Anm. zu § 239 KO.), Wachenfeld (S. 88), Wertheimer (S. 60). Anderer Meinung sind Cohn (S. 220), Merkel (S. 821), Oppenhoff (S. 730).

Es ist erklärlich, wenn Neumeyer zu anderen Resultaten kommt, da er beide Bankrottarten als verschiedene Verbrechenstypen auffaßt. Er meint (S. 179), § 239 KO. bedrohe mit Strafe „die Verringerung des bei einer Zahlungseinstellung oder in einem Konkursverfahren für die Befriedigung den Gläubigern zu Gebote stehenden schuldnerischen Vermögens“, § 240 KO. dagegen „die Verursachung einer Zahlungsunfähigkeit“. Abgesehen davon, daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen Fallissement und Bankrotthandlung nicht erforderlich ist, beruht die Ansicht Neumeyers, daß nur eine Realkonkurrenz zwischen § 239 u. § 240 KO. denkbar sei, auf der Verkennung, daß der einfache und betrügerische Bankrott Artverbrechen eines (wenn auch nicht geregelten) Gattungsverbrechens sind.

III. Haben wir jegliche Konkurrenz zwischen § 239 u. § 240 KO. bei demselben Fallissement ausgeschlossen, so bleibt noch die Frage zu erörtern übrig, ob ein Konkurrenzfall gegeben ist, wenn Handlungen desselben Paragraphen zusammentreffen. Es soll nur der spezielle Fall interessieren, wo ein Vollkaufmann bezw. Vorstandsmitglied oder ein Liquidator oder Geschäftsführer der im Falle I genannten Personenvereinigungen durch

[6]) RG. Bd. 6 S. 97.

„mehrere selbständige Handlungen den Tatbestand des § 239 Nr. 1 u. 3 KO. erfüllt hat, d. h. in der Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, sei es vor oder nach Zahlungseinstellung bezw. Konkurseröffnung Vermögensstücke verheimlicht oder beiseite geschafft und Handelsbücher zu führen unterlassen hat, deren Führung ihm gesetzlich oblag. Da hier Handlungen und Unterlassungen in Frage kommen, so mag darauf hingewiesen werden, daß an sich eine Konkurrenz zwischen Begehungs- und Unterlassungsdelikten möglich ist.

Es sind hier dieselben Möglichkeiten wie im Falle II zu unterscheiden. Treffen die erwähnten Bankrotthandlungen bei verschiedenen Zahlungseinstellungen (bezw. Konkurseröffnungen) oder bei Konkurseröffnungen über verschiedene Vermögensmassen desselben Schuldners zusammen, so steht der Annahme einer Realkonkurrenz im Sinne des § 74 StGB. kein Bedenken entgegen. Wie ist aber zu entscheiden, wenn sie bei demselben Fallissement begangen werden?

Wir müssen uns die äußere Struktur des § 239 KO. vergegenwärtigen. Bisweilen stellt der Gesetzgeber mehrere Handlungen in einem Strafgesetz zusammen, indem er in bezug auf alle dieselbe Strafdrohung nur einmal ausspricht. Das Strafgesetzbuch weist eine Fülle von derartigen Gesetzesstellen auf. Hierzu können den Gesetzgeber Gründe der Gesetzgebungstechnik veranlassen. So vereinigt er im § 367 StGB. im ganzen 16 Übertretungen, die ihm strafrechtlich als gleichwertig erscheinen, und bedroht sie alle mit derselben Strafe, ohne daß ihnen der Charakter als besondere Verbrechenstypen verloren geht. Denn er hält es für umständlich, dieselbe Strafdrohung sechzehnmal auszusprechen. Eine Kumulation von selbständigen Tatbeständen, eine Strafdrohung, das sind die Kennzeichen des § 367 StGB. Daher spricht man auch von kumulativen Mischgesetzen.

Zu einer Vereinigung mehrerer Handlungen in einem Strafgesetz können aber den Gesetzgeber auch Gesichtspunkte der Gesetzgebungspolitik bestimmen. Die Vereinigung erfolgt dann meistens in der Weise, daß die einzelnen Handlungen keine Tatbestandsindividuen, sondern nur Begehungsformen bezw. Bestandteile eines und desselben Delikts werden. Zu nennen sind

hier vor allem diejenigen Paragraphen, welche die sogen. Kollektivdelikte und zusammengesetzten Delikte enthalten. Ferner gehören hierher die sogen. alternativen Mischgesetze, in welchen der Gesetzgeber nur ein Delikt unter Hervorhebung mehrerer Modalitäten desselben normiert und zugleich durch die äußere Gestaltung des Gesetzes zu erkennen gibt, daß wenn der Erfolg mittels einer oder mehrerer Modalitäten herbeigeführt wird, nur wegen eines Delikts gestraft werden, und daß die Einheit und Mehrheit der Modalitäten lediglich bei der Strafzumessung innerhalb des angegebenen Strafrahmens berücksichtigt werden solle.

Ein solches alternatives Mischgesetz ist auch § 239 KO.[7]) In diesem Paragraphen bedroht der Gesetzgeber die böswillige Verletzung der Gläubigerrechte und zählt limitativ die Modalitäten dieses Delikts auf. Liegen mehrere von ihnen vor, so ist — dasselbe Fallissement vorausgesetzt — nur ein betrügerischer Bankrott begangen. Auf demselben Standpunkt steht Binding.[8]) Er trennt scharf die beiden Gruppen der Modalitäten des betrügerischen und einfachen Bankrotts und erklärt in bezug auf eine jede Gruppe: „Das Verhalten des Schuldners wird bei einer bestimmten Zahlungseinstellung seiner Gläubigerschaft gegenüber als ein Ganzes betrachtet, das sich sehr wohl als Ganzes zum Verbrechensbegriff erheben ließe, aber nicht erhoben ist. Statt dessen greift der Gesetzgeber die markantesten Mittel des Bankrotteurs heraus und stellt sie unter Strafe. Verbinden sie sich aber zum Ganzen, so bildet das nur einen erheblichen Strafsteigerungsgrund innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens".

Ein weiteres Argument für die Unmöglichkeit einer Konkurrenz zwischen den einzelnen Modalitäten des § 239 KO. bei demselben Fallissement liefert die Geschichte des Bankrotts. Das Reichsstrafgesetzbuch ist eine Fortsetzung des preuß. Strafgesetzbuchs von 1851, welches in Fragen des Bankrotts durchaus auf dem code de commerce fußte. Die Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuchs sind in die Konkursordnung übernommen worden. Im Sinne der Gesetzgebung Napoleons I. sind demnach

---

[7]) So auch Wertheimer S. 60.
[8]) Binding, Handb. S. 161.

die §§ 239, 240 KO. auszulegen.[9]) Art. 593 code de commerce bestimmt ausdrücklich, daß wenn mehrere Gestaltungen des betrügerischen Bankrotts bei demselben Fallissement zusammentreffen, nur ein Delikt begangen ist: Sera déclaré banqueroutier frauduleux tout commerçant failli qui se trouvera dans un ou plusieurs des cas suivants, savoir etc.

Nahe liegt der Gedanke, hier ein fortgesetztes Delikt anzunehmen. So sagt Hälschner S. 413: „Die mehreren Handlungen des § 209 (239 KO.) entspringen der einen und derselben Absicht und erscheinen als die mehreren Akte eines fortgesetzten Delikts".

Da das Strafgesetzbuch eine Definition des fortgesetzten Delikts nicht gegeben hat, ist diese Deliktserscheinung Gegenstand lebhaften Streites geworden.[10]) Dies ist erklärlich, da die Annahme eines fortgesetzten Delikts in concreto mehr oder weniger Ermessenssache ist. Annähernd läßt es sich definieren als die wiederholte Erfüllung desselben verbrecherischen Tatbestandes, welche in der Weise erfolgt, daß die einzelnen Erfüllungsakte sich gegen dasselbe Rechtsgut richten und als Ergebnisse eines einheitlichen Willensvorganges erscheinen. Von dem von uns eingenommenen Standpunkt aus, daß das Fallissement Tatbestandsmerkmal ist, kann ein fortgesetztes Delikt hier nicht angenommen werden. Denn diesem ist die Wiederkehr desselben vollständigen Tatbestandes eigentümlich.[11])

---

[9]) Wach S. 63: „Das deutsche Konkursstrafrecht ist über die Entwicklungsphase der Napoleonischen Gesetzgebung kaum hinausgegangen".

[10]) vgl. Fingers Kritik der Rechtsprechung des RG. S. 388—392.

[11]) Aus der Eigenschaft des § 240 KO. als eines alternativen Mischgesetzes ergibt sich, daß auch innerhalb dieses Paragraphen bei einheitlicher Zahlungseinstellung (bezw. Konkurseröffnung) eine Konkurrenz undenkbar ist.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Ich wurde als Sohn des jetzigen Rittergutsbesitzers Franz Sowiński auf Gottartowo (Kreis Strasburg, Westpreußen) und seiner Ehefrau Antonie geb. Deutsch am 27. Mai 1887 in Bonikowo (Kreis Kosten) geboren. Bin katholischen Bekenntnisses und preußischer Staatsangehöriger. Nach zehnjährigem Besuch des Kgl. Gymnasiums in Strasburg, Westpreußen, absolvierte ich dort im März 1907 das Abiturientenexamen. Ich studierte die nächstfolgenden vier Jahre Rechts- und Staatswissenschaften, Nationalökonomie und Philosophie an den Universitäten Breslau, Greifswald und München. Im Juni 1911 bestand ich in Breslau das Referendarexamen und daselbst im Juli desselben Jahres das mündliche Doktorexamen. Vom November 1911 ab bin ich als Referendar im preußischen Justizdienst tätig.

Von meinen Lehrern schulde ich besonderen Dank Herrn Geheimrat Prof. Dr. Gretener in Breslau für die treffliche Schulung in seinen strafrechtlichen Übungen, die in mir ein reges Interesse für Strafrecht geweckt haben.